

7

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 17/63

URTEIL

Verkündet am

18. Januar 1965
Klett, Justiz-
obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Apothekers Lothar W. [REDACTED] in G. [REDACTED]/Westf.,
M. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Horst B. [REDACTED] in B. [REDACTED],
K. [REDACTED] Nr. [REDACTED], als Testamentsvollstrecker über den Nach-
laß der Apothekerin Marie-Luise D. [REDACTED], zu-
letzt in G. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] ..

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Januar 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm (Westf.) vom 28. September 1962 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Testamentsvollstrecker über den Nachlaß der am 26. Mai 1959 verstorbenen Apothekerin Frau Marie-Luise D [REDACTED], die von ihrer Mutter, Frau R [REDACTED], die P [REDACTED]-Apotheke und die ihr angeschlossene G [REDACTED]-Drogerie in Geseke gepachtet hatte. Frau R [REDACTED] verpachtete Apotheke und Drogerie ab 1. November 1959 an den Beklagten, der sie seit 1. Juli 1959 verwaltet hatte. Der Beklagte verpflichtete sich nach Maßgabe der in der Anlage zu § 5 des Pachtvertrages niedergelegten Vereinbarung, der Rechtsanwalt T [REDACTED] als damaliger Testamentsvollstrecker zugestimmt hatte, das Warenlager zu übernehmen und den Übernahmepreis an den Testamentsvollstrecker zu bezahlen. In der Übernahmevereinbarung heißt es:

"Hierzu wird vereinbart, daß der Pächter das Warenlager in dem Umfang und zu dem Übernahmepreis zu übernehmen hat, welchen die Firma D [REDACTED] & L [REDACTED] GmbH, Fürth/in Bayern als von allen Unterzeichnenden aner-

kannte sachverständige Stelle bei der von ihr durch zuführenden Bestandsaufnahme zum 31.10.1959 feststeht wird. Dem Pächter bleibt das Recht vorbehalten, die Übernahme solcher Waren abzulehnen, die nach seiner Ansicht im Bezirk der von ihm gepachteten Apotheke und Drogerie unverkäuflich bzw. nur schwer verkäuflich sind. Soweit der Pächter von diesem Recht Gebrauch macht und die Übernahme von seiner Ansicht nach nicht oder nur schwer verkäuflichen Waren ablehnt, steht dieses Recht auch der Verpächterin im Verhältnis zum Testamentsvollstrecker zu."

Aufgrund einer Inventur, die am 31. Oktober und 1. November 1959 durchgeführt wurde, erstellte der Dipl. Volkswirt Josef L. aus Fürth je eine Zusammenstellung mit Einzelpreisen für Apotheke und Drogerie zum 31. Oktober 1959. Diese Zusammenstellungen gliedern die Waren in einigermaßen normalverkäufliche Artikel mit 40 119,19 DM für Apotheke und 20 717,69 DM für Drogerie, schwerverkäufliche Artikel (287,69 + 355,63 DM) und unverkäufliche Artikel (4 625,65 + 223,54 DM). Der Beklagte zahlte an den Testamentsvollstrecker insgesamt 50 712,26 DM. Der Kläger fordert mit der Klage Zahlung des Restbetrages für die in den beiden Inventuren als normalverkäuflich bezeichneten Waren in Höhe von 10 124,62 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte vertritt den Standpunkt, er sei nach der Übernahmevereinbarung berechtigt, über die Inventur L. hinaus Waren als nicht übernahmefähig abzulehnen. Von diesem Recht habe er Gebrauch gemacht und die von ihm abgelehnten Waren ausgesondert und dem Testamentsvollstrecker zur Verfügung gestellt.

Das Landgericht hat dem Klagebegehren unter Abweisung eines Teiles der Zinsforderung entsprochen. Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.



Entscheidungsgründe:

I. Das Landgericht hatte die Übernahmevereinbarung dahin ausgelegt, daß sich die Übernahmeverpflichtung des Beklagten grundsätzlich nach der Bestandsaufnahme L. be-
stimmen sollte. Der Beklagte habe demgegenüber nur solche Waren ablehnen dürfen, die nach seiner Ansicht gerade im Bezirk der von ihm gepachteten Apotheke und Drogerie unverkäuflich oder nur schwer verkäuflich seien. Das Oberlandesgericht, das sich dieser Auffassung über die Vertragsrechte des Beklagten angeschlossen hat, führt aus: Die Firma D. & L. habe den Umfang der Übernahme und die Preise der Waren nach allgemeinen Gesichtspunkten feststellen sollen. Soweit danach vom Beklagten Waren zu übernehmen waren, habe er das Recht gehabt, die Übernahme solcher Waren abzulehnen, die nach seiner Ansicht im Bezirk der Apotheke und Drogerie unverkäuflich bzw. schwer verkäuflich waren. Der Beklagte habe dagegen geschützt werden sollen, daß er auf solchen Waren sitzenblieb, die für die Apotheke und Drogerie in Geseke Ladenhüter waren, während sie in anderen Apotheken - Drogerien (in Großstädten, in Städten Süddeutschlands, in Badeorten, in mondänen Wintersportorten) nach Art und Menge verkäuflich und deswegen auch von der Firma L. aufgenommen worden waren. Die Beweisaufnahme habe auch bestätigt, daß die Auffassung der Beteiligten mit der Fassung der Vereinbarung übereinstimme. Die vom Beklagten geltend gemachten "Vorbehalte" lägen nicht im Sinne der Vereinbarung.

II. Die Revision verfißt demgegenüber den Standpunkt, dem Beklagten sei über die Feststellungen der Inventuren Lauer hinaus ein Ablehnungsrecht hinsichtlich solcher Waren eingeräumt worden, die nach seiner Ansicht unverkäuflich bzw. nur schwer verkäuflich sind. Damit sei dem Be-

klagten ein Bestimmungsrecht über den Gegenstand des Kaufvertrages und damit über den Kaufpreis nach § 315 BGB eingeräumt worden. Die Ausübung dieses Rechtes habe allerdings der Billigkeit entsprechen müssen. Deshalb hätte, so meint die Revision, das Berufungsgericht prüfen müssen, ob der Beklagte mit der letzten, mit Schriftsatz vom 20. Oktober 1961 überreichten Ablehnungsliste die Grundsätze der Billigkeit verletzt hat.

1. Die Angriffe der Revision gegen die Auslegung der Übernahmeverpflichtung und des dem Beklagten vertraglich eingeräumten Ablehnungsrechts sind nicht gerechtfertigt. Die Auslegung der Vereinbarung als eines Individualvertrages ist nur beschränkt nachprüfbar. Sie widerspricht weder den Denkgesetzen noch der Lebenserfahrung. Die Revision hat auch nicht dargelegt, daß sie unter Verletzung von Auslegungsregeln oder unter Außerachtlassung von wesentlichen Teilen des Verhandlungsstoffes zustandegekommen ist.

a) Die Revision rügt zwar, das Berufungsgericht habe bei Prüfung der Frage, welche Vorstellungen die Vertragsschließenden bei der Vereinbarung hatten, nicht genügend die Zeugenaussagen des Rechtsanwalts T. [REDACTED] und des Assessors Sch. [REDACTED] vom 8. Juni 1961 beachtet. T. [REDACTED] habe als Motiv für die Fassung des Vertrages angegeben, seine Bruder sei nach Übernahme einer Apotheke auf nicht verkäuflichen Waren sitzengeblieben, dies habe hier vermieden werden sollen. T. [REDACTED] habe dem Vertreter des Beklagten, Rechtsanwalt Dr. H. [REDACTED], der ebenfalls als Zeuge vernommen worden ist, ausdrücklich erklärt, was nicht gehe und als alte Ladenhüter anzusehen sei, brauche der Beklagte nicht zu übernehmen. Auch Sch. [REDACTED] habe bekundet, es sei erörtert worden, daß es sich hier um ein Ablehnungsrecht des Beklagten handeln sollte, das unabhängig von den Feststellungen bezüglich der Verkäuflichkeit durch die Firma

D. & L. bestand. Diese Ausführungen der Revision ergeben jedoch keinen Verfahrensfehler des Berufungsgerichts. Denn es fehlt an jedem Anhalt dafür, das Berufungsgericht habe die Aussagen nicht in ihren Einzelheiten beachtet. Sie stehen zu den Feststellungen des Berufungsgerichts über den Vertragswillen und der Auslegung des Berufungsgerichts über das nur beschränkte Ablehnungsrecht des Beklagten nicht in Widerspruch. Es ist auch kein Verfahrensverstoß des Berufungsgerichts darin zu finden, daß es auf Einzelheiten der Bekundungen der Zeugen nicht näher eingegangen ist. Dazu war das Berufungsgericht nach der Sachlage nicht verpflichtet.

b) Die Revision rügt auch ohne Erfolg, das Berufungsgericht hätte die nochmalige Vernehmung der Zeugen Dr. H., T. und Sch. nicht ablehnen dürfen. Der Beklagte habe, so trägt die Revision vor, in der Berufungsbegründung vom 28. Juni 1962 die wiederholte Vernehmung mit der Begründung beantragt, daß der Beklagte zu einer weitergehenden Ablehnung von Waren berechtigt sein sollte, als das Landgericht sie ihm zugebilligt hatte. Dr. H. und Sch. hätten insbesondere bekunden sollen, bei den Vorverhandlungen sei zwischen den Beteiligten klargestellt worden, daß der Beklagte beispielsweise auch Waren mit dem Firmenaufdruck "R." ablehnen dürfe.

Das Berufungsgericht lehnt die nochmalige Vernehmung der Zeugen mit der Begründung ab, der Beklagte habe nicht dargetan, daß und inwiefern die Vertragsparteien übereinstimmend mit der Vereinbarung entgegen deren eindeutiger Fassung etwas anderes hätten erklären wollen und etwas anderes darunter verstanden hätten. Darin liegt kein Rechtsfehler.

Das Berufungsgericht geht nämlich ebenfalls davon aus, daß der Beklagte Ladenhüter und solche Waren, die überaltert oder aus sonstigen Gründen schwer oder nicht verkäuflich waren, nicht zu übernehmen brauchte. Es ist jedoch der Auffassung, daß nach dem Vertrage die Firma D. & L. maßgebend und verbindlich bestimmen sollte, was der Beklagte zu übernehmen hatte und was als unverkäufliche oder schwer verkäufliche Ware von der Übernahme ausgenommen sein sollte. Das Berufungsgericht hätte sich in diesen Zusammenhang auch auf die Aussage des Dr. H. beziehen können, daß der Auftrag an die Firma D. & L. auch dahin gegangen sei, festzustellen, wie es mit der Verkäuflichkeit der vorhandenen Waren aussah, was dann auch in den vorgelegten Inventuren geschehen sei. Es ist kein Rechtsfehler darin zu finden, wenn das Berufungsgericht in dem Vorbringen des Beklagten in der Berufungsbegründung keine genügende Angabe von Tatsachen dafür gesehen hat, daß die Feststellungen der beiden Inventuren schlechthin, also ohne Beschränkung des Ablehnungsrechts, nach billigem Ermessen von dem Beklagten sollten angegriffen werden dürfen wie die Revision geltend macht. Das gilt auch hinsichtlich der Waren mit dem Aufdruck "R.". Der Beklagte hat insoweit nicht ausreichend dargetan, daß er diese Waren nach eigenem Ermessen wegen Unverkäuflichkeit oder schwerer Verkäuflichkeit sollte ablehnen dürfen, auch wenn die Voraussetzungen für das im Sinne des Berufungsurteils auf den Fall der Unverkäuflichkeit im Bezirke Geseke beschränkte Ablehnungsrecht nicht vorlagen. Das Berufungsgericht hat vielmehr ohne Rechtsverstoß angenommen, daß auch für solche Waren mit dem bezeichneten Aufdruck die Inventur maßgebend und der Beklagte nur dann zur Ablehnung berechtigt sein sollte, wenn sie gerade im Bezirk der Apotheke und Drogerie schwer oder nicht verkäuflich waren.

2. In Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht kommt es danach rechtlich darauf an, ob der Beklagte mit der von ihm vorgelegten Liste, auf die sich die Revision bezieht, ein Ablehnungsrecht ausgeübt hat, das ihm nach der einwandfreien Auslegung des Berufungsgerichts nur dann zustand, wenn die Waren gerade im Bezirk der von ihm gepachteten Apotheke und Drogerie unverkäuflich oder schwer verkäuflich waren.

Das Berufungsgericht nimmt an, die vom Beklagten geltend gemachten Vorbehalte seien nicht solche im Sinne dieses Ablehnungsrechts. Auch die Revision hat nicht aufgezeigt, daß und inwiefern die Liste des Beklagten Waren enthält, die wegen der besonderen örtlichen Verhältnisse von dem Beklagten abgelehnt werden durften. Die Liste ist von ihm unter anderen Gesichtspunkten erstellt worden, nämlich zur Begründung des von ihm in Anspruch genommenen allgemeinen Ablehnungsrechts, das er gerade nicht hatte. Die Waren, deren Bezahlung der Beklagte nach dieser Liste ablehnt, sind durch folgende Stempelabdrucke bei den einzelnen Positionen erläutert: "Ware nicht mehr im Handel", "Ware beschädigt", "Verpackung beschädigt", "Verpackung trägt Aufdruck: R [REDACTED]". Diese Kennzeichnung hält das Berufungsgericht nicht für ausreichend, um das dem Beklagten nach der Vereinbarung allein zuzubilligende beschränkte Ablehnungsrecht darzutun. Darin liegt kein Rechtsverstoß. Denn nach der rechtlich bedenkenfreien Annahme des Berufungsgerichts beziehen sich diese von dem Beklagten gegebenen Erläuterungen nicht erkennbar auf Waren, die wegen der besonderen örtlichen Verhältnisse unverkäuflich oder schwer verkäuflich sein sollen.

Demnach kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagte dieses Ablehnungsrecht deshalb verloren hat, weil er die Erklärung der Ablehnung solange verzögert hat.

3. Eine Überprüfung der Ablehnungsliste durch das Berufungsgericht war auch unter keinem anderen rechtlichen Gesichtspunkt erforderlich. Es stellt sich zwar die Frage, ob die Feststellungen in den beiden Inventuren sich als Bestimmung der Leistung durch einen Dritten im Sinne von §§ 318 BGB darstellen oder ob die von der Firma D. & L. vorzunehmenden Feststellungen nicht ihrem billigen Ermessen überlassen waren, sondern ob es sich um die bloße Herausstellung des dem Sachkundigen auffindbaren und bereits objektiv bestimmten Inhalts der Leistung, also um die Klarstellung des vorhandenen Inhalts des Vertrages handelte (vgl. RGZ 96, 57). Welche Einordnung hier geboten ist, ist jedoch nicht der Entscheidung. In jedem der beiden genannten Fälle könnte die getroffene Bestimmung oder Feststellung nach unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des § 319 BGB für die Vertragsschließenden unverbindlich sein, wenn die getroffene Bestimmung offenbar unbillig oder die Feststellung des Vertragsinhalts offenbar unrichtig wäre. In dieser Richtung hat der Beklagte jedoch in den Tatsachenrechtszügen keine wesentlichen Behauptungen aufgestellt und auch die Revisionsbegründung enthält keine beachtlichen Rügen.

Die Revision macht insbesondere dem Sachverständigen Lauer nicht zum Vorwurf, er habe Feststellungen getroffen, die sich im Zeitpunkt der Vornahme dieser Feststellungen dem Sachverständigen als offenbar unbillig oder offenbar unrichtig hätten darstellen müssen. Die Revision macht zwar geltend, L. habe nur eine listenmäßige und zählermäßige Bestandsaufnahme vorgenommen. Die Beauftragten der Firma D. & L. hätten bei der Überprüfung der vorhandenen Waren am 31. Oktober und 1. November 1959 nicht sämtliche Packungen im einzelnen untersucht. Erst die spätere Überprüfung durch den Beklagten habe es ermöglicht, die einzelnen Waren auf Schäden und sonstige Gründe, die sie unverkäuflich oder schwer verkäuflich machten, in mühe-

voller und langwieriger Kleinarbeit zu untersuchen. Mit diesen Ausführungen ist jedoch keine Beanstandung der beiden Inventuraufstellungen im Sinne von § 319 BGB dargetan. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Beklagte in den Vorinstanzen die Art und Weise der Feststellungen des L. und seiner Hilfspersonen bei den Inventuren nicht beanstandet hat. Er hat in der Berufungsbegründung vielmehr vorgetragen, die Beauftragten der Firma D. & L. hätten bei einer Untersuchung sämtlicher Packungen im einzelnen ein Vielfaches der angewendeten Zeit benötigt und die Kosten der Bestandsaufnahme, die ohnehin schon bei 1 000 DM lagen, wären entsprechend gestiegen. Dieses Vorbringen kann nur dahin verstanden werden, daß die Firma D. & L. die ihr vertraglich übertragenen Feststellungen mit einer der Sachlage entsprechenden Sorgfalt vorgenommen hat und daß es sich nicht um auf die Unterlassung derartiger Sorgfalt zurückzuführende Fehler handelt, die ihr bei der Erstellung der beiden Inventuren unterlaufen sein sollen. Der Beklagte hat auch nicht vorgetragen, bei sachgemäßer Prüfung habe einem Sachverständigen sofort in die Augen fallen müssen, daß dem erstatteten Gutachten oder den getroffenen Feststellungen wesentliche Mängel anhaften, was erforderlich gewesen wäre, um die Feststellungen in den Inventuren als offenbar unrichtig oder unbillig zu bezeichnen. Es ist nicht einmal dargelegt, daß in ihnen ein Irrtum enthalten ist, der nach der damaligen Lage der Sache vermeidbar war. Deshalb brauchte das Berufungsgericht auch nicht in eine Untersuchung darüber einzutreten, ob etwa die Inventuren offenbar unrichtig sind.

III. Aus diesen Gründen ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Dorschel Dr. Messner Mormann